

6 SELECCIÓN DE INFORMES Y CONSULTAS RELEVANTES

ÍNDICE

6.1 INFORMES 327

- 6.1.1 Desaparición de determinados tipos de interés oficiales de referencia de los préstamos hipotecarios 327
- 6.1.2 Compensación de cuentas 328
- 6.1.3 Herencia de cuentas de titularidad conjunta. Cuestiones varias 329
- 6.1.4 Aplicación de los fondos procedentes de una transferencia 330
- 6.1.5 Cobro de comisión en la recepción de transferencia transfronteriza 331
- 6.1.6 Discrepancia respecto al índice de referencia de aplicación a préstamo hipotecario (míbor hipotecario frente a míbor no oficial) 332
- 6.1.7 Devolución de recibo correspondiente a un seguro 332
- 6.1.8 Cálculo de la liquidación definitiva de préstamo para su cancelación 333
- 6.1.9 Retención de saldos. TPV y remesa de recibos cedida al cobro 334
- 6.1.10 Transferencias con el exterior. Tipo de cambio no informado previamente ni recogido en contrato marco 335
- 6.1.11 Préstamos multdivisa. Cuestiones varias 336
- 6.1.12 Transferencia transfronteriza por Internet. Comisiones 338
- 6.1.13 Comunidad de vecinos. Falta de firma del presidente saliente en el acta de la reunión de renovación de cargos 339
- 6.1.14 Hipoteca inversa. Información previa 341
- 6.1.15 Devolución de recibos cargados en cuenta. Posible domiciliación tácita 343
- 6.1.16 Fraude en envío de dinero al exterior, a través de entidad de pago 344
- 6.1.17 Disconformidad con los importes cobrados por el registrador 346
- 6.1.18 Información y disposición de fondos por representante legal en cuenta indistinta 346
- 6.1.19 Cargo en cuenta por devolución de ingreso, en descubierto 346
- 6.1.20 Saldos inembargables. Embargo en descubierto 346

6.2 CONSULTAS 347

- 6.2.1 Subrogación de préstamo a promotor 347
- 6.2.2 Cancelación anticipada de imposiciones a plazo fijo 349
- 6.2.3 Conservación de documentación 350
- 6.2.4 Comisión por cancelación registral de hipoteca 351
- 6.2.5 Modificación de comisiones previamente pactadas en el contrato de cuenta 352
- 6.2.6 Adeudo de comisiones en cuentas vinculadas a préstamos hipotecarios. Sustitución de la cuenta vinculada 353
- 6.2.7 Régimen transitorio de índices o de tipos de referencia. Desaparición del IRPH 355
- 6.2.8 Incidencias con las tarjetas *revolving* 355
- 6.2.9 Solicitud de documentación de carácter personal (NIF, nóminas...) 356
- 6.2.10 Solicitud de cancelación de seguros de hogar vinculados a préstamos hipotecarios 357
- 6.2.11 Libertad de tipo de cambio 358
- 6.2.12 Cláusula «suelo» 359

6 SELECCIÓN DE INFORMES Y CONSULTAS RELEVANTES

6.1 Informes

6.1.1 DESAPARICIÓN DE DETERMINADOS TIPOS DE INTERÉS OFICIALES DE REFERENCIA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

En el expediente R-201213994, el reclamante solicitaba que se le aplicase a su préstamo hipotecario el tipo de interés del euríbor+1 que se había pactado en la escritura como sustitutivo del IRPH de cajas, para el caso de que este último índice desapareciera, pues sostenía que este último había dejado de ser oficial a la entrada en vigor de la Orden 2899/2011, el 29 de abril de 2012. La entidad alegó que, mientras no se establezca el régimen de transición, el IRPH de cajas aplicado es plenamente vigente y correcto.

Con la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (*BOE* del 29), se inició el proceso de modificación de los índices de referencia por la necesidad de adaptarlos a la mayor integración de los mercados a escala europea y nacional, y por aumentar las alternativas de elección de tipo, ajustándolos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito. Su artículo 27 enumera los nuevos tipos de interés que se consideran oficiales, que se publicarán mensualmente en el *BOE* y en la página electrónica del Banco de España.

Su disposición transitoria única establece el «Régimen transitorio de índices o tipos de referencia» en estos términos:

«1 Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos.

La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

2 Hasta el momento indicado en el último inciso del apartado anterior, el Banco de España se encargará de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.»

Y la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio (*BOE* de 6 de julio), que también recoge en su norma decimocuarta los tipos de interés que serán oficiales según el citado artículo 27, señala en su anejo 8 su definición y forma de cálculo.

Dado que no se había cumplido aún un año desde la entrada en vigor de la orden y de su normativa desarrollo, y que tampoco había sido establecido el régimen de transición para los préstamos afectados, el informe dictado por este Servicio fue favorable a la actuación de la entidad, pues se entendió que respetó lo pactado en el contrato y en la normativa vigente.

En todo caso, a efectos meramente informativos, se le a de indicar que el 29 de abril de 2012 los tipos de interés de referencia que dejaron de ser oficiales fueron el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el Tipo CECA. No obstante, mientras dichos índices sigan publicándose, continúan siendo índices válidos para aquellos préstamos y créditos que a la entrada en vigor de la orden citada los tuvieran como índice de referencia.

La desaparición completa de dichos índices se producirá el 6 de octubre de 2013, siempre que en ese plazo se haya aprobado el correspondiente régimen de transición. En todo caso, el Banco de España va a seguir publicando mensualmente, como viene haciendo hasta la fecha, el valor de dichos índices de referencia.

6.1.2 COMPENSACIÓN DE CUENTAS

En el expediente R-201213235, la reclamante denunciaba que la entidad había cargado la deuda derivada de una tarjeta de crédito, que no utilizaba desde el año 2009, en dos cuentas que tenía abiertas en la misma entidad bancaria, dejando una de ellas con saldo 0.

La entidad alegaba la posibilidad de compensación del saldo de una de las cuentas con el importe pendiente del crédito de la tarjeta, por estar previsto así en el correspondiente contrato.

El Servicio de Reclamaciones consideró oportuno en este caso recordar las previsiones del Código Civil en relación con la compensación de deudas (artículo 1195: «tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras una de otra») y las exigencias que, desde la perspectiva de las buenas prácticas bancarias, deben concurrir para que pueda operar la compensación; esto es, que se recoja expresamente en el contrato y que exista identidad entre los titulares de las cuentas.

Sobre la cláusula de compensación contenida en los contratos bancarios tuvo ocasión de pronunciarse la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 16.12.2009, indicando sobre aquella lo siguiente:

«[...] no cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación *ad intra* con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente.»

Consecuentemente con el criterio expuesto por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, si bien se reitera la necesidad de que las partes conozcan el alcance de lo que contratan, no se infiere que sea preciso —más allá de una redacción transparente, clara, concreta y sencilla de las cláusulas en que se plasme este acuerdo— que esta información deba constar en un apartado distinto del que recoge las condiciones generales del contrato.

No obstante, en el caso analizado, el Servicio entendió que una práctica acorde con las buenas prácticas bancarias habría exigido que la entidad emisora de la tarjeta hubiese

informado a su cliente expresamente de la deuda pendiente de la tarjeta. Al examinar la documentación aportada al expediente, se comprobó que la última operación realizada con la tarjeta databa del día 3.9.2009, mientras que los adeudos de compensación de deuda se realizaron el día 8.2.2012, no constando que la entidad hubiese informado a su cliente durante más de dos años sobre la existencia de la deuda.

6.1.3 HERENCIA DE CUENTAS
DE TITULARIDAD
CONJUNTA. CUESTIONES
VARIAS

En el expediente R-201202410, las reclamantes, herederas de la cotitular de una cuenta con dos titulares, discrepaban con la actuación de la entidad por no haber puesto a su disposición, una vez cumplidas las formalidades exigibles, el saldo certificado en el momento de la defunción. Solicitaban que se les permitiese disponer del saldo íntegro que en dicho documento se indicaba y que se les facilitase un listado de movimientos de la cuenta corriente hasta donde los ficheros alcanzasen en antigüedad.

La entidad justificaba su actuación porque, al parecer, la otra cotitular de la cuenta también había fallecido varios años antes, sin que se hubiera notificado dicha circunstancia ni a la Seguridad Social ni a la propia entidad bancaria. Ello motivó que, en el momento en que la entidad introdujo los datos de defunción en los registros informáticos, se retuvieran las pensiones de la cotitular fallecida que habían sido ingresadas durante años de forma indebida.

El Servicio de Reclamaciones estimó incorrecta la actuación de la entidad, porque, si bien en sus criterios se establece una excepción al principio general de que las entidades carecen de legitimación para efectuar adeudos o disposiciones de las cuentas de sus clientes sin autorización expresa de estos —cuando cumplan instrucciones en virtud de mandato legal o judicial—, en este caso la entidad contra la que se reclamaba no acreditó disponer de la preceptiva orden de la autoridad administrativa correspondiente. Tampoco se consideró ajustada a las buenas prácticas bancarias la actuación de la entidad en la medida en que no había informado a las herederas y a otros posibles interesados de las circunstancias que habrían de modificar, necesariamente, la información facilitada en su día sobre el saldo de la cuenta.

En cuanto al listado de movimientos solicitado por las reclamantes, el Servicio consideró procedente recordar que, de acuerdo con el artículo 661 del Código Civil, los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, de lo que se desprende que la muerte del titular de una cuenta corriente otorga a sus herederos todos los derechos y obligaciones que le hubieran correspondido a su causante.

Este Servicio ha venido considerando que las entidades han de facilitar a los herederos de sus clientes la información que les sea requerida, tanto sobre las posiciones que mantuviera el causante a la fecha de fallecimiento como la relativa a los movimientos anteriores y posteriores al fallecimiento que les sean solicitados, reconociéndose, con carácter general, el derecho del heredero a obtener información, sin que dicha petición de información tenga que estar amparada, siempre y en todos los casos, por una resolución judicial. Respecto a los movimientos habidos en la cuenta con anterioridad a la fecha del óbito, se debe matizar que el reconocimiento de este derecho no puede dar lugar a admitir peticiones desproporcionadas en las que lo que se pretenda sea efectuar una auditoría de la relación entre la entidad de crédito y su cliente fallecido a lo largo de un período amplio de tiempo, exigiendo que esta vuelva a rendir cuentas de las operaciones realizadas. Es precisamente lo desproporcionado de la petición y el hecho de que se presume que la entidad ya cumplió con su obligación de suministrar información periódica, o las especiales

circunstancias que concurren —como cuentas de titularidad plural—, lo que nos induce a considerar que, en estos casos, podría ser necesario un previo pronunciamiento judicial que resuelva, a la vista de las circunstancias concurrentes, sobre la procedencia de la solicitud.

Además, el Servicio de Reclamaciones considera que sería deseable que las entidades de crédito trataran siempre —y antes de que se plantee reclamación— de llegar a un acuerdo con los herederos en relación con la información solicitada sobre las operaciones de los causantes, teniendo en cuenta que, en los casos en que se refiera a períodos muy dilatados, como ocurre en el presente caso, y la solicitud aparezca adecuadamente justificada por los interesados, podrán las entidades cobrar, por proporcionar la documentación, las comisiones que para ello tengan estipuladas.

Finalmente, en este caso el Servicio recordó a las partes que no le correspondía determinar la distribución de la propiedad del saldo de la cuenta entre los herederos de las causantes, cuestión que debía considerarse incluida en las competencias propias de los tribunales de justicia.

6.1.4 APLICACIÓN DE LOS FONDOS PROCEDENTES DE UNA TRANSFERENCIA

En el expediente R-201202149, la mercantil reclamante interpuso reclamación contra la entidad beneficiaria de una transferencia en la que la mercantil tenía abierta una cuenta. En el documento por el que se ordenaba la transferencia se designaba como cuenta de abono la de la citada mercantil, y como concepto, «cancelación préstamo suelo». El importe de la transferencia fue correctamente abonado en la cuenta de destino que figuraba en la orden, produciéndose a continuación diferentes apuntes con finalidad distinta a la del concepto incorporado en la transferencia.

En su descargo, la entidad reclamada —proveedor de servicios de pago del beneficiario de la transferencia— afirmaba que no cabía interpretar una voluntad inequívoca o instrucción expresa de cancelación del préstamo, debiendo entenderse su actuación tácitamente consentida por el reclamante, consecuencia de los hechos que acaecieron posteriormente y que concluyeron con una amortización parcial del préstamo.

A requerimiento del Servicio, la entidad ordenante de la transferencia presentó sus alegaciones, señalando que el importe para cancelar la deuda en la entidad de destino fue puesto a disposición del prestatario con la finalidad de cancelar su préstamo.

La cuestión primordial, que correspondió dilucidar en esta reclamación, consistió en determinar si las entidades actuaron con diligencia para atender la orden cursada por el reclamante, en orden a aplicar el importe de la transferencia a la finalidad concreta de cancelación del préstamo.

En el informe se advierte al reclamante de que, cuando se hace una transferencia, esta no es sino una orden de abono en una cuenta corriente, constituyendo el concepto una mera indicación que el ordenante de la transferencia hace a su beneficiario. Por ello, se señala la conveniencia de que, si se quiere hacer uso de la imputación de pagos, se dirija una orden específica al acreedor, dejando constancia de su recepción y de la identificación de la deuda que se desea pagar.

Como quiera que en este caso no se acreditaba la orden expresa del cliente a la entidad, para destinar el importe de la transferencia a la cancelación anticipada de su

préstamo hipotecario, el Servicio estima que la reclamada no estaba obligada a disponer del saldo de la cuenta en una forma para la que no había sido autorizada expresamente.

Ahora bien, también se informaba de la existencia de una operativa, extendida entre las entidades financieras, para traspasar importes destinados a la cancelación o subrogación del préstamo que un cliente mantiene en otra entidad; aquella que actúe como ordenante, conocido el importe que se va a traspasar, deberá cumplimentar un mensaje SWIFT MT 103, recogiendo la información pertinente.

La transferencia realizada no se ajustó a la finalidad de la operación, debiendo haber adoptado la entidad ordenante las cautelas necesarias para que el traspaso de fondos cumpliera, eficientemente, su finalidad de cancelación económica del préstamo que el cliente tenía con la entidad de destino. Por este motivo, se consideró que la entidad de origen de la transferencia no actuó conforme a las buenas prácticas financieras.

6.1.5 COBRO DE COMISIÓN EN LA RECEPCIÓN DE TRANSFERENCIA TRANSFRONTERIZA

En la reclamación R-201109602 el reclamante planteaba su disconformidad con el cobro por la entidad de una comisión como receptor de una transferencia transfronteriza, pues entendía que, según la información que le proporcionó la entidad con ocasión de la apertura de su cuenta, la recepción de transferencias estaba exenta de comisiones.

Se emitió pronunciamiento favorable a la actuación de la entidad, porque por las fechas en las que se realizó la transferencia resultaban aplicables la Ley 13/2009, de servicios de pago, de 13 de noviembre, y la Orden EHA 1609/210, de 14 de junio, sobre transparencia de condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Dichas normas fueron dictadas con el objeto de transponer al ordenamiento jurídico español la normativa europea de servicios de pago. Si bien antes de la aplicación de la citada normativa el principio imperante en el ordenamiento nacional era la gratuidad en la recepción de una orden de transferencia, con la Ley de Servicios de Pago se establece, como norma general, el carácter compartido o SHARE, entre el beneficiario y el ordenante, de los gastos generados como consecuencia de una operación de pago (artículo 24.2). Igualmente, establece que el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que este deduzca sus propios gastos del importe transferido, antes de abonárselo al beneficiario (artículo 38).

En el contrato de apertura de cuenta, anejo sobre condiciones aplicables a los servicios de pago, se encontraba pactada la posibilidad de cobro, como beneficiario o como ordenante de transferencias, tanto nacionales como transfronterizas; no obstante, la recepción de estas —solo para las nacionales— está reflejada como exenta de gastos. Al ser la transferencia recibida transfronteriza, la entidad cobró los gastos que tenía pactados y tarifados.

Teniendo en cuenta el cambio normativo, el usuario de servicios de pago que conozca —en virtud de un negocio causal subyacente o, como en el caso analizado, por coincidir en el interesado la doble condición de ordenante y beneficiario de una orden de pago— que va a recibir una transferencia podrá solicitar a la entidad de forma previa información sobre el gasto exacto que esto comporta, y la entidad está obligada a proporcionarla, por escrito o en soporte duradero.

6.1.6 DISCREPANCIA
RESPECTO AL ÍNDICE
DE REFERENCIA DE
APLICACIÓN A PRÉSTAMO
HIPOTECARIO (MÍBOR
HIPOTECARIO FRENTE A
MÍBOR NO OFICIAL)

La parte reclamante denunciaba, en el expediente R-201204552, que la entidad le estaba aplicando un tipo de interés, en la última revisión anual, distinto del recogido en su contrato, entendiendo que se trataba del míbor hipotecario; la entidad, por su parte, sostenía que el tipo que se estaba aplicando coincidía con el que se había pactado en la escritura formalizada en el año 1994, y que lo que la parte reclamante pretendía era obtener una mejora en aquel.

En efecto, el tipo de referencia que se encontraba recogido en la escritura no era el míbor hipotecario, sino el míbor a un año (media mensual) vigente en el momento de la revisión, incrementado en dos puntos, recogiendo el contrato que se entendía por míbor a un año (media mensual) el tipo de interés a plazo de un año para depósitos interbancarios no transferibles del Mercado de Dinero; y que el referido tipo se publica oficialmente por el Banco de España en su *Boletín de la Central de Anotaciones*, en el apartado resumen mensual del mercado entre titulares. En ausencia de dicho boletín, se habrá de estar a la publicación oficial que lo sustituya que contenga la misma información.

En el informe se aclara la diferencia entre el míbor hipotecario (índice que se sigue publicando porque se utiliza para los préstamos hipotecarios firmados con anterioridad al 1 de enero de 1999 y que así lo tengan pactado, y que tiene la consideración de oficial para aquellos) y el míbor que publicaba la Central de Anotaciones (actualmente, la Central de Operaciones del Banco de España), índice de referencia no oficial.

Más allá del tenor literal de la cláusula contractual de definición de tipo de referencia, se indica en el informe que la entidad, en aras de las exigencias del cumplimiento de los contratos conforme a la buena fe y de la necesidad de velar por los intereses de sus clientes, no puede obviar el hecho de que no solo ya cada vez eran más numerosos los días en que no se cruzaban operaciones a un año en el mercado de depósitos interbancario español, sino que en 2011 fueron días contados, y en 2012 prácticamente ninguno, por lo que no hay suficientes operaciones en el mercado para que se pueda considerar que este tipo sea una referencia válida a efectos hipotecarios en estos momentos, toda vez que el cálculo ha perdido significación financiera, no cumpliendo con los requisitos expuestos en la Circular del Banco de España 8/1990 (y ahora en la nueva orden y circular de transparencia), limitándose a cumplir una función informativa entre los participantes en el propio mercado interbancario español.

El devenir de los hechos ha provocado que ese índice de referencia que se cita en el contrato (y que habría de considerarse en esos términos no oficial), que cumplía antes con las exigencias de la normativa, con el tiempo ha dejado de hacerlo, perdiendo significación financiera a los efectos pretendidos, por lo que, conforme a las exigencias de las buenas prácticas financieras y del cumplimiento de los contratos conforme a la buena fe, se concluye que la entidad debería establecer el índice aplicable de conformidad con su cliente.

6.1.7 DEVOLUCIÓN DE RECIBO
CORRESPONDIENTE
A UN SEGURO

El cliente bancario pretende, en el expediente R-201210014, la devolución de un recibo correspondiente a un seguro de vida, aun siendo conocedor de que se encuentra fuera de plazo para ello, conforme al artículo 6 de las condiciones generales del contrato, por entender que tiene derecho a devolver cualquier recibo que estime oportuno.

La entidad defiende su negativa a la devolución sobre la base de no haber notificado el reclamante oposición a la renovación tácita de la póliza en el plazo legal y contractualmente establecido, no dándose los presupuestos establecidos en la normativa de servicios de pago para que la petición de devolución resulte procedente. Para reforzar sus

alegaciones, la entidad informa de los importes cobrados en los recibos semestrales del año 2011, y lo coteja con el recibo semestral reclamado en 2012.

El Servicio estimó que la actuación de la entidad había sido la correcta, ya que, existiendo orden de domiciliación expresamente aceptada por el reclamante en el contrato de seguro debidamente suscrito, y no quedando justificado que el adeudo superara el importe que, razonablemente, se podía esperar, no concurrían los requisitos exigidos por la norma para proceder a la devolución del recibo controvertido.

No obstante, en el informe se recuerda que, cuando el reclamante realiza una solicitud de devolución, la entidad debe justificar su denegación —conforme a la Ley de Servicios de Pago— en el plazo de diez días hábiles, indicando los procedimientos de reclamación a disposición del usuario.

Además, como consecuencia de que el pago de la prima anual se lleva a cabo a través de la emisión de dos recibos semestrales, se hace notar que, con independencia de la indivisibilidad de la prima en la relación existente entre cliente y asegurador, el abono mediante dos operaciones de pago semestrales posibilita al cliente para revocar con carácter previo a su pago, dando las instrucciones oportunas, la autorización en virtud de la cual la entidad carga cada recibo semestral en la cuenta.

6.1.8 CÁLCULO DE LA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE PRÉSTAMO PARA SU CANCELACIÓN

En el expediente R-201211478, con motivo de la cancelación de un préstamo que el reclamante finalmente llevó a cabo, se solicitaba justificante de la citada cancelación y el desglose de los importes correspondientes a esta.

La entidad, en el presente caso, para explicar la liquidación del préstamo, distingue entre el interés generado, el pagado y el proyectado:

- En cuanto al primero —generado—, indica que es el producido por el saldo pendiente aplazado del préstamo, desde la fecha de liquidación de la última cuota hasta la fecha de liquidación de la cuota del mes en curso. Dichos intereses se cargan en la fecha de liquidación del mes en curso y se pasan al cobro en la cuota mensual el mes siguiente, bajo el concepto de «interés pagado».
- El interés pagado es la parte de interés que se ha amortizado mediante el abono de la cuota mensual del préstamo del período, es decir, corresponde al pago del «interés generado» que aparece reflejado en el mes anterior.
- Por último, el interés proyectado, para el supuesto de amortización anticipada de un préstamo, es el importe que calcula la entidad de los intereses generados por el saldo pendiente acumulado en el préstamo personal desde el abono de la última cuota mensual hasta la fecha en la que se realiza el abono del total pendiente.

En concreto, lo que resulta más destacable es la justificación ofrecida por la entidad contra la que se reclamó para practicar la liquidación de cancelación, consecuencia de la formulación de las liquidaciones periódicas mensuales. Así, señala que, pagada la cuota del 4 de junio —este es el día en que se venían abonando las cuotas—, aún quedaban por pagar, a efectos de la liquidación de cancelación del préstamo, los intereses devengados en el último período, esto es, del 4 de mayo al 4 de junio, más los intereses proyectados —según la terminología utilizada por la entidad—, que se habrían producido desde el 4 de

junio hasta la fecha en la que se hace efectiva la transferencia del cliente para la cancelación definitiva del préstamo.

El Servicio estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al vulnerar los principios de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las entidades y sus clientes, y en particular por cuanto elaboró un contrato de préstamo que no resultaba claro, incluyendo en el cuadro de amortización el concepto de interés generado pagadero en la cuota siguiente, creando en el cliente una confusión innecesaria.

6.1.9 RETENCIÓN DE SALDOS.
TPV Y REMESA DE
RECIBOS CEDIDA
AL COBRO

En el expediente R-201212188, el reclamante manifestaba su desacuerdo con la retención de fondos de la facturación de su comercio, derivada del uso de su terminal de punto de venta (TPV) y correspondiente a las ventas cobradas a través de tarjeta, que la entidad venía llevando a cabo desde hacía meses, lo que le había llevado a tener que solicitar un préstamo para disponer de fondos.

Resultando de aplicación al caso la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, se ponía de manifiesto, en primer lugar, la falta de adaptación a dicha norma del Contrato de Afiliación de Establecimientos a Sistemas de Pagos suscrito, a pesar de haber transcurrido en exceso el plazo de 18 meses que establecía aquella para ello, sin que esto fuera óbice para la aplicación de los preceptos de dicha ley al caso estudiado.

A tenor de lo previsto en el artículo 40.2 de la Ley de Servicios de Pago, «El proveedor de servicios de pago del beneficiario establecerá la fecha de valor y de disponibilidad de la cantidad de la operación de pago en la cuenta de pago del beneficiario tras haber recibido los fondos de conformidad con el artículo 43». Por su parte, este último artículo establece que «El proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario».

El contrato suscrito contenía una previsión contractual que, a juicio del Servicio, vulneraba frontalmente el espíritu de los citados artículos, al reservarse la entidad la facultad unilateral de retener cantidades recibidas y, por ende, negar la inmediata disponibilidad de dichos fondos a su cliente y beneficiario de estos, habiendo la entidad aplicado dicha cláusula para retener a su cliente un porcentaje de las cantidades percibidas a través del TPV contratado con ella, lo que se consideró una mala práctica bancaria, salvo mejor criterio de nuestros tribunales, y sin perjuicio de que la entidad pudiera, dentro de su política comercial, exigir otras garantías a los contratantes en caso de existir conflictos en las operaciones de venta que su cliente realice a través de dicho terminal.

En el expediente R-201211573, el reclamante mostraba su disconformidad con la retención unilateral, durante cincuenta días, de los importes abonados en su cuenta como consecuencia de la cesión de una remesa de recibos, ya que no se le advirtió de dicha circunstancia en la fecha de cesión de aquellos y le había provocado la falta de atención de un cheque y la devolución de otro, con los correspondientes gastos. La entidad alegaba que se aplicaba al importe de la remesa una retención de ocho semanas, plazo en el que el ordenante puede solicitar la devolución de una orden de pago.

Sin perjuicio de la posibilidad de devolución de recibos contemplada en la LSP, de acuerdo con lo preceptuado en su artículo 43.1 antes transcrito, el proveedor de servicios de pago (PSP) del beneficiario no puede retrasar la disponibilidad de los fondos más allá de la fecha en la que el recibo le hubiera sido abonado por el PSP del ordenante.

Por tanto, el Servicio entiende que, en términos generales, es el PSP del beneficiario el que eventualmente —según lo que pacte con su cliente— tendrá que soportar el riesgo que supone la obligación de devolver el importe del recibo al PSP del ordenante sin tener garantía de que recuperará posteriormente los fondos del beneficiario, sin perjuicio de su derecho —de acuerdo con su política comercial y de riesgos— a requerir a su cliente que aporte cualquier otro tipo de garantía con la finalidad de cubrir el riesgo que supone tener que abonar los recibos al beneficiario tan pronto reciba los fondos del PSP del ordenante, sin que sea posible retrasar su abono hasta la finalización del plazo de ocho semanas de las que dispone el ordenante para solicitar la devolución. En consecuencia, el Servicio consideró que la actuación de la entidad, en este punto, no fue acorde con la normativa de servicios de pago.

Asimismo, no quedó acreditado que el banco hubiera informado a su cliente sobre la imposición del período de indisponibilidad cuestionado —ocho semanas, según la entidad—, que, de acuerdo con sus alegaciones, se aplicaba siempre a la primera remesa cedida por sus clientes, ni sobre su política comercial de aplicar un porcentaje de retención calculada en función del volumen de recibos devueltos en las tres últimas remesas presentadas, lo que suponía una falta de transparencia informativa hacia su cliente constitutiva de una mala práctica bancaria.

6.1.10 TRANSFERENCIAS CON
EL EXTERIOR. TIPO DE
CAMBIO NO INFORMADO
PREVIAMENTE NI
RECOGIDO EN
CONTRATO MARCO

En el expediente R-201211707, el reclamante manifestaba su disconformidad con el tipo de cambio aplicado a tres operaciones de transferencia a Francia con cargo a su cuenta en dólares, al haber aplicado a aquellas el tipo de cambio de la mesa de tesorería de otra entidad y no el pactado en el contrato de prestación de servicios, según el cual debía aplicarse el tipo de cambio de mercado, siendo así que el tipo de cambio de mercado euro/dólar en esas fechas no alcanzó el nivel aplicado por la entidad, no alcanzando tampoco ese nivel el tipo de cambio euro/dólar publicado entonces por el Banco Central Europeo. Según la propia entidad, el tipo de cambio que se «ofreció» al cliente fue el cambio de mercado a precio de cliente de las fechas de las operaciones facilitado por la mesa de tesorería de otro banco, cambios que la entidad parecía asimilar a tipos de cambio de mercado.

Los tipos de cambio aplicados por las entidades en las operaciones de compra y venta de divisas y de billetes extranjeros son libres, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de aplicar los tipos que ha publicado para operaciones inferiores a 3.000 euros, tal como venía regulado en la normativa de transparencia en vigor en la fecha de emisión de las transferencias —Circular del Banco de España 8/1990— y en la actualmente vigente —Circular 5/2012—. Existen, no obstante, unos tipos oficiales de cambios de divisas, publicados por el Banco Central Europeo en su página web, que se corresponden con los aplicados a la negociación de las divisas principales entre distintos bancos centrales, que se utilizan para determinar la cotización o cambio oficial «a efectos de lo dispuesto en la legislación vigente», pero no tienen por qué coincidir con los aplicados por las entidades de crédito, que, como se indicó anteriormente, son libres.

Aunque, según la normativa en vigor, dada la cuantía de las transacciones, la entidad era, *a priori*, libre para aplicar a las conversiones de divisas solicitadas el tipo de cambio que acordase con su cliente, lo que no podía pasar por alto el Servicio era que no había acreditado la entidad que informara a su cliente, con carácter previo a la ejecución de las transferencias cuestionadas, sobre su intención de aplicarles el cambio de mercado a precio de cliente de las fechas de las operaciones facilitado por la mesa de tesorería del otro banco, habiéndose limitado a aplicar unilateralmente dicho tipo de cambio e informar

a *posteriori* de aquel, una vez facilitó a su cliente las liquidaciones de las tres operaciones de pago. Tampoco en el contrato marco en el que se amparaban las operaciones de pago cuestionadas constaba la información exigida por la normativa sobre servicios de pago, sobre el tipo de cambio que se aplicaría a las conversiones de la divisa en la que estaba nominada la cuenta —dólar— ni, en su caso, el tipo de cambio de referencia que fuera a utilizarse, ni su método de cálculo, lo que a juicio de este Servicio redunda en una falta de transparencia informativa incompatible con la normativa de servicios de pago y con las buenas prácticas y usos bancarios.

6.1.11 PRÉSTAMOS
MULTIDIVISA.
CUESTIONES VARIAS

En el expediente R-201202682, los reclamantes denunciaban el proceder de la entidad en relación con la contratación de una hipoteca multidivisa referenciada a yenes, que, según ellos, se realizó sin ningún tipo de transparencia ni diligencia, pues indicaban que nunca tuvieron conocimiento de las condiciones reales del préstamo hasta la firma de este.

El Servicio se pronunció sobre las siguientes cuestiones:

***Información previa a la contratación de la financiación:** Es criterio de este Servicio de Reclamaciones que, como profesionales que son las entidades en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, les es exigible que faciliten una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan.

A la vista del documento de solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito, se acreditaba la formalización de la solicitud de financiación varios días antes a la fecha de la escritura, y que en él se establecía expresamente que se trataba de un préstamo en yenes y también se indicaba la forma de determinación del tipo de cambio aplicable a la conversión, por lo que no cabía alegar desconocimiento por la parte reclamante de la naturaleza del préstamo que iba a formalizar, así como de la existencia de un riesgo de cambio derivado de la aplicación del contravalor de la divisa elegida a euros.

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, estos deben estar en condiciones de conocer con suficiente antelación las condiciones a las que se van a obligar antes de formalizar los correspondientes contratos, criterio que, para eliminar posibles problemas derivados de una negociación verbal, contempla la propia normativa de transparencia al exigir que se incorporen todas las condiciones financieras esenciales de la financiación ofrecida en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar a los solicitantes (particulares) de préstamos hipotecarios sobre viviendas de cuantía igual o inferior a 150.253,03€, y que este Servicio hace extensivo, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios de tales características, cualesquiera que sean su importe y la forma como se facilite esa información.

Conforme a lo anterior, este Servicio estimó que la entidad financiera se apartó de las buenas prácticas financieras al no ser aportado el documento de información previa que este Servicio considera necesario conforme a las buenas prácticas bancarias, pues esta sería la vía que permitiría comprobar que fue aportada toda la información relevante sobre la operación, y que, dada la especial naturaleza de préstamo en divisas de la operación reclamada, debía incluir menciones a la divisa del préstamo, moneda de pago, cálculo del importe en euros de cada pago, reglas aplicables para el cálculo en euros del importe de los intereses, comisión de apertura, que deberá incluir cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo, y, en su caso, las cláusulas

especiales que faculden a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

***Tipo de cambio aplicado a la conversión a yenes del importe financiado:** Los tipos de cambio son libres y pueden cambiar en cualquier momento, no teniendo las entidades obligación alguna de aplicar los tipos de cambio oficiales¹. Esto es, las entidades de crédito y de pago pueden aplicar en sus operaciones los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de aplicar los tipos que ha publicado para operaciones inferiores a 3.000 euros. Así, este Servicio ha de estar a lo específicamente pactado por las partes a este respecto, de tal manera que lo que resulta exigible es que la entidad se ajuste en esta conversión a lo convenido, y que los prestatarios conozcan con antelación la forma en que ese tipo de cambio se determinará. A este respecto, se pactó que la entrega del préstamo multdivisa se haría por su contravalor en las divisas convertibles en España. Dicho contravalor se calcularía según el cambio vendedor del euro que oferte la prestamista en el momento en el que la parte prestataria ordene la primera disposición, en relación con la divisa elegida y en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto la disposición del préstamo. Del expediente se desprendía que se aplicó el tipo de cambio de mercado publicado el día de la formalización del préstamo, día de compra de los yenes, más favorable al cliente que el publicado dos días antes, por lo que, verificada la aplicación convenida, no se emitió un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad reclamada en este punto.

***Comisión de apertura y redenominación:** La norma tercera 1.Bis de la Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente en el momento de suscribirse el préstamo, establecía que, respecto a los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá asimismo cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

Si bien la norma aclara, como también ocurre en relación con la obligación de entrega de oferta vinculante, que es aplicable a los préstamos hipotecarios de cuantía igual o inferior a 150.253,03€, este Servicio lo hace extensivo, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios (a personas físicas y sobre viviendas), cualquiera que sea su importe, por lo que en este aspecto el Servicio de Reclamaciones no compartió la postura de la entidad reclamada, emitiendo un pronunciamiento contrario a su proceder por el cobro de la comisión de redenominación correspondiente al desembolso o disposición inicial del préstamo².

1 Debe tenerse en cuenta que los tipos publicados por el Banco Central Europeo son los que él y el resto de bancos centrales del Eurosistema aplicarán en sus propias operaciones. Los restantes operadores (entidades de crédito y establecimientos de cambio de moneda) no tienen la obligación de aplicar dichos tipos. En cualquier caso, los tipos de cambio oficiales del euro que publican el Banco Central Europeo y otros bancos centrales suelen ser una referencia aproximada.

2 Cuestión distinta, y sobre la que la parte reclamante no planteaba discrepancia en su escrito, sería la relativa a la comisión cobrada con motivo de cada uno de los pagos mensuales de la cuota de amortización e intereses para hacer frente a la devolución de la financiación, dado que la cuenta se mantiene en euros y los pagos han de hacerse en yenes, y toda vez que dicha comisión se contempla en la escritura («Una comisión [...] sobre el contravalor de los pagos de principal e intereses del préstamo, siempre que esta sea una divisa diferente a la de la cuenta de adeudo, con un mínimo de 15 euros (15€). Esta comisión se devenga y se liquida en el momento en que se efectúe el cambio de divisa»). En tal caso, nada se pudo reprochar al proceder de la entidad en el cobro de los 15€ mensuales de comisión que se verifica con motivo de cada uno de los pagos de las cuotas.

***Cláusula de determinación del tipo de interés de referencia:** Se da la circunstancia respecto a los préstamos hipotecarios en los que el interés pactado sea variable —como es el caso, al estar referenciado al *libor*— de que, normalmente, el tipo que se ha de aplicar se obtendrá añadiendo a un índice de referencia un determinado margen o porcentaje. Estos tipos de referencia pueden ser publicados por entidades privadas o públicas.

Sin embargo, dado que, según la normativa antes mencionada, las entidades no podrán usar (en la revisión de préstamos hipotecarios concertados por personas físicas y cuya cuantía no rebase los 150.253,03€) los que dependan exclusivamente de ellas mismas y no se puedan agregar objetivamente, lo más habitual es que se utilicen los tipos de interés de referencia oficial, publicados mensualmente el *Boletín Oficial del Estado* y difundidos por el Banco de España y también relacionados en dicha normativa.

En consonancia con lo anterior, es recomendable que las entidades redacten con claridad las cláusulas donde se establecen los tipos de referencia que se deben aplicar, fijando de forma precisa las fechas que han de tenerse en cuenta y el método de revisión, de modo que no den lugar a distintas interpretaciones por las partes contratantes.

En el contrato analizado no se pactó un índice de referencia oficial según lo establecido en la Circular del Banco de España 8/1990, normas sexta, sexta bis y anexo VIII; en consecuencia, no figura en ninguna de las publicaciones oficiales de tipos de referencia para préstamos hipotecarios, por lo que, en principio, la entidad debe comunicarlo a su cliente, a efectos de que este tenga conocimiento de él y pueda ejercer su derecho de aceptarlo o no. Dado que los reclamantes indicaban que no podían comprobar su cálculo, el Servicio señaló que no se acreditaba en el expediente que, conforme al contenido de la Circular del Banco de España mencionada, la entidad hubiera efectuado la comunicación previa del tipo de interés de referencia que se había de aplicar en cada período, lo que se consideró contrario a las buenas prácticas y usos financieros.

***Normativa MiFID y del Mercado de Valores:** Respecto de estas cuestiones, el Servicio no podía valorar el producto contratado bajo la óptica del estricto cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa MiFID y por la normativa del Mercado de Valores, aplicables solo a la contratación de productos de inversión por parte de los clientes de las entidades financieras, ya que el préstamo multdivisa no puede incardinarse en dicha categoría.

6.1.12 TRANSFERENCIA
TRANSFRONTERIZA POR
INTERNET. COMISIONES

En el expediente R-201202204, el reclamante manifestaba su disconformidad con las tarifas que aplicaba la entidad a las transferencias transfronterizas realizadas por Internet. Se planteaba, así, la política de comisiones de la entidad en relación con los pagos transfronterizos realizados entre dos Estados miembros de la Unión Europea, política que, a juicio del reclamante, vulnera lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre pagos transfronterizos entre Estados miembros, cuyo objetivo principal es equiparar las comisiones cobradas por los pagos transfronterizos en euros a las cobradas por los pagos en euros dentro de un Estado miembro.

En la actualidad, la normativa comunitaria de referencia es el Reglamento (CE) n.º 924/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a pagos transfronterizos en la Comunidad, en cuyo artículo 3.1, sobre comisiones aplicables a las operaciones de pago transfronterizo y a los pagos nacionales equivalentes, en la versión dada a aquel tras la modificación operada por el Reglamento (UE) n.º 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, establece que «Las comisiones cobradas por un proveedor de servicios de pago a un usuario de dichos servi-

cios en relación con pagos transfronterizos serán iguales a las comisiones cobradas por dicho proveedor a los usuarios de servicios de pago en relación con pagos nacionales equivalentes de igual cuantía en la misma moneda».

En el ámbito de los servicios de pago, en el que se encuentran las órdenes de transferencia, se deben tener en cuenta la Ley 16/2009, de servicios de pago (LSP), y la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Este Servicio entiende, puesto que la entidad no ha hecho mención a contrato marco alguno, que se trata de una operación de pago singular, a la que resulta de aplicación lo previsto en la LSP y en la orden con respecto a la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a operaciones de pago en moneda distinta del euro. A este respecto, la citada ley establece genéricamente la obligación del proveedor de servicios de pago (PSP) de facilitar al usuario de servicios de pago toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que se fijen en desarrollo de la ley. La orden de desarrollo establece, en relación con las operaciones de pago singulares, la obligación del PSP de facilitar al usuario, antes de que quede vinculado por cualquier contrato u oferta, entre otros extremos, todos los gastos que el usuario deba abonar al PSP y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos, y, si lo solicitan, en soporte papel u otro soporte duradero.

En el folleto de tarifas de la entidad se establecía el mismo tratamiento en materia de comisiones para las transferencias emitidas con origen y destino en el territorio nacional y para las emitidas entre Estados miembros del Espacio Económico Europeo, y la entidad precisaba que, respecto a las transferencias *on line*, se cobraba un determinado porcentaje con una cuantía mínima, que difería de la información para transferencias realizadas a través de canal distinto de Internet reflejadas en las citadas tarifas.

En concreto, la entidad acreditaba, mediante impresión de la simulación de transferencia *on line* a un banco alemán, que, con carácter previo a su realización, se informaba al ordenante de la comisión que había de pagar, coincidente con la precisada por la entidad, pero esta no acreditaba que, si dicha transferencia se ejecutase dentro del territorio nacional, conllevaría la misma comisión. De hecho, según el reclamante, el Servicio de Atención al Cliente le contestó que las transferencias nacionales por Internet desde cuenta-e estaban bonificadas, lo que le podía haber llevado a confusión respecto a las internacionales realizadas, política comercial que, en caso de existir, podía suponer un tratamiento desigual de las transferencia internacionales *on line* frente a las nacionales.

Por tanto, el Servicio consideró que la actuación de la entidad se apartó de las buenas prácticas y usos bancarios, al no acreditar ante este Servicio, mediante un ejemplo similar al de la simulación de orden de transferencia transfronteriza por Internet aportada o a través de cualquier otro medio que hubiera considerado oportuno, que la realización de transferencias por idéntico canal en territorio nacional tuviera el mismo trato en materia de comisiones, de conformidad con lo estipulado en el Reglamento (CE) 949/2009.

6.1.13 COMUNIDAD
DE VECINOS. FALTA DE
FIRMA DEL PRESIDENTE
SALIENTE EN EL ACTA
DE LA REUNIÓN DE
RENOVACIÓN DE CARGOS

En el expediente de reclamación R-201203773, el reclamante, como nuevo presidente de una comunidad de propietarios, denunciaba que la entidad no le permitía disponer de los fondos que aquella mantiene en una cuenta, siendo el motivo invocado por la entidad la falta de firma, por parte del presidente saliente, de las actas que nombraban al nuevo presidente.

Así, en el expediente obraba el acta de reunión de la junta directiva de la comunidad y con el nombramiento de nuevo presidente, declarando nula y sin ningún valor el acta anterior por la que fue nombrado el presidente saliente, e indicándose también en aquel que del acuerdo se da traslado a la oficina de la entidad para que la cuenta corriente a nombre de la comunidad, que estaba bloqueada por falta de la firma del presidente saliente, quedara desbloqueada y solamente fuera necesaria la del secretario que desempeñe el cargo, para hacer ingresos o reintegros en caso de algún pago. Posteriormente se emitió, por el secretario de la comunidad, certificación del acuerdo de nombramiento anterior.

Según el Código Civil, la comunidad se da cuando la propiedad de una cosa pertenece a varios *pro indiviso*. Se establece como regla general el principio de autonomía privada, de forma que los acuerdos y convenios entre los comuneros constituyen la ley fundamental de organización y disciplina de la comunidad. En este caso, los comuneros libremente acordaron en su día atribuir el cargo de presidente a una determinada persona, y en 2012, la remoción de esta y la designación de un nuevo presidente, lo cual se ratificó días después mediante certificado emitido por el secretario.

Las comunidades son entes sin personalidad jurídica, pero con plena capacidad de obrar en el tráfico jurídico. Por ello, nada impide que una comunidad de propietarios pueda ser titular de una cuenta, correspondiendo a los apoderados o autorizados por los comuneros su disposición y administración, conforme a lo establecido en los pactos internos.

Con respecto a la función del presidente, conforme al artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, la principal es la de ostentar legalmente la representación de la comunidad en todos los asuntos que le afecten, siendo nombrado (artículo 13.2) entre los propietarios y siendo el nombramiento obligatorio, pudiendo ser removidos de su cargo los designados (artículo 13.7) antes de la expiración del mandato por acuerdo de la junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria.

La actuación representativa del presidente lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él, sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el presidente como si esta misma lo hubiese realizado, sin perjuicio de la relación interna entre dicho presidente y la junta de propietarios, ante la que deberá responder de su gestión.

Por su parte, el artículo 18 de la misma ley determina las condiciones (objetivas, subjetivas y de plazo) en las que los acuerdos de la junta de propietarios serán impugnables ante los tribunales, así como los efectos de dicha impugnación. Y el artículo 19 establece la forma de reflejar los acuerdos de la junta, el contenido que ha de tener el acta de cada reunión y sus formalidades (artículo 19.3): «El acta deberá cerrarse con las firmas del Presidente y del Secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes. Desde su cierre los acuerdos serán ejecutivos, salvo que la Ley previera lo contrario»³.

3 El párrafo tercero del artículo 19.3 señala los defectos o errores del acta que serán subsanables (la cursiva es nuestra): «siempre que la misma exprese inequívocamente la fecha y lugar de celebración, los propietarios asistentes, presentes o representados, y los acuerdos adoptados, con indicación de los votos a favor y en contra, así como las cuotas de participación que respectivamente supongan y se encuentre firmada por el presidente y por el secretario». El contenido de este párrafo ha dado lugar a pronunciamientos judiciales tanto en el sentido de considerar la falta de firma del presidente como no subsanable (Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 14.9.2010) como en el sentido de considerarla subsanable.

En el supuesto de que se trate de juntas en las que se procede al cambio de tales cargos directivos, serán los que cesan en su cargo, los que efectivamente han presidido la Junta, quienes deben firmar. La cuestión se planteará en supuestos como el que nos ocupa, en que el presidente anterior no ha acudido a la junta y no accede a firmar, pues no será posible que firme el nuevo, que no presidió⁴.

Lo que sí parece ser más unánime, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es el hecho de que los meros formalismos no pueden llevar consigo nulidades en las actas que perjudiquen a toda la comunidad, de tal manera que solo tendrían trascendencia las omisiones cuando afecten al fondo de los acuerdos y puedan provocar indefensión a algún comunero. En particular, y en cuanto a la firma del presidente y del secretario, quedaría en manos de estas dos personas dar validez a la junta.

En el presente caso, la entidad reclamada invocaba en defensa de su actuación el hecho de que no constaba la firma del presidente saliente, así como que dicho presidente «se puso en contacto con la oficina, oponiéndose a cualquier modificación en la misma⁵, al entender que la comunidad no le había comunicado previamente a su celebración la reunión del 11.2.2012, e indicando que no firmaría ningún documento».

Así las cosas, y en opinión de este Servicio, aunque la entidad reclamada había actuado correctamente estableciendo inicialmente la indisponibilidad de fondos de la cuenta corriente, dado el defecto de forma, al no cumplir el acta con el requisito de estar firmada por el presidente anterior, no pudiendo hacer responsable a la entidad de las eventuales controversias surgidas en la comunidad de propietarios, sin embargo, no resultaba ajustado a las buenas prácticas bancarias que, ante la permanencia de una situación de carencia de cumplimentación de todos los requisitos necesarios en el acuerdo, hubiera seguido manteniendo el bloqueo de la cuenta —pese a la acreditación del acuerdo de la junta de propietarios— sin haber desarrollado una actuación diligente que hubiera permitido a la comunidad disponer del saldo de la cuenta, por ejemplo, mediante consignación judicial o de algún otro modo, para que la situación de conflicto entre los comuneros, o entre los órganos de gobierno de la comunidad (entre la junta de propietarios) no dificultara su normal funcionamiento en lo relativo a sus cobros y pagos; o, por el contrario, justificar la expresa oposición a la actuación pretendida por parte del presidente saliente, lo que no consta acreditado en el expediente, sí constando acreditadas el acta con el nombramiento del nuevo presidente y la certificación al respecto del secretario, sin que constara la existencia de impugnación al acuerdo citado⁶.

Todo ello sin perjuicio de que, en caso de acreditarse las discrepancias entre los comuneros, solo el pronunciamiento de los tribunales de justicia podrá establecer la validez de los acuerdos de la junta y la legitimidad de los cargos directivos de la comunidad de propietarios, excediendo la determinación de estas cuestiones la competencia atribuida por la normativa a este Servicio de Reclamaciones.

6.1.14 HIPOTECA INVERSA. INFORMACIÓN PREVIA

En el expediente R-201206735, el reclamante denunciaba que la entidad mantenía bloqueada su cuenta de crédito, sin explicación de los motivos que pudieran justificarla, no

⁴ Hay posturas que sostienen que entonces será suficiente la firma solamente del secretario o, en su caso, del presidente, si el que se negase fuese segundo, haciendo constar las circunstancias que concurren a estos efectos.

⁵ En relación con la cuenta.

⁶ Conforme al artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal.

habiéndole ofrecido respuesta a sus distintos requerimientos de información sobre la disponibilidad de las cantidades consideradas procedentes, comisiones y gastos por desistimiento de la hipoteca inversa.

Entendía este Servicio que la discrepancia que planteaba el reclamante en su escrito de reclamación se centraba en las condiciones de la citada hipoteca (tanto de disponibilidad de los fondos como en relación con las comisiones y gastos repercutibles). La entidad aclaraba que la disposición de los fondos solo podía hacerse en la forma establecida en el contrato, destacando que el acreditado fue informado con carácter previo de todas las condiciones de la financiación, mediante la entrega de la correspondiente oferta vinculante y que, con motivo de las distintas solicitudes de aclaraciones ante la retrocesión de los cargos, se le aportó toda la información requerida.

La hipoteca de máximo es una figura cuyo marco jurídico específico se estableció mediante la Ley 41/2007, de modificación de la ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia.

Concretamente, la disposición adicional primera de la ley prevé un régimen jurídico específico para las hipotecas inversas que reúnan determinados requisitos, cuyo cumplimiento permitirá disfrutar de determinados beneficios fiscales y arancelarios. En la práctica, existirán también otras hipotecas inversas que no reúnan estos requisitos, aunque tendrán el inconveniente de no poder acceder a los citados beneficios.

La hipoteca podrá garantizar operaciones de préstamo o de crédito y el deudor deberá efectuar disposiciones periódicas o únicas del importe del préstamo o crédito. En cuanto al régimen de transparencia y protección a la clientela y comercialización del producto, los apartados 3 y 4 de la disposición adicional primera recogen determinadas previsiones, al objeto de conceder una protección específica a quienes suscriban las hipotecas inversas.

Así, el apartado 3 delega en el Ministerio de Economía y Hacienda la regulación del régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa, y el apartado 4 establece la obligación legal de que las entidades de crédito y aseguradoras que concedan ese tipo de hipotecas ahí reguladas suministren un servicio de asesoramiento independiente a los solicitantes de estas, servicio en cuya prestación se deberán tener en cuenta tanto la situación financiera del solicitante como los riesgos económicos derivados de la suscripción del producto.

En relación con la transparencia y comercialización de este tipo de hipotecas, el desarrollo reglamentario no se llevó a cabo hasta Orden Ministerial EHA 2899/2011⁷, de 28 de octubre, en cuyo título III regula el régimen de transparencia de la hipoteca inversa [no se encontraba en vigor a la fecha de contratación del crédito cuestionado]. Así, el artículo 32

7 La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su disposición adicional cuadragésima tercera, «Desarrollo reglamentario de la hipoteca inversa», preceptúa que «El gobierno, en el plazo de un año, aprobará las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, previendo: 1 El establecimiento de las condiciones, forma y requisitos para la realización de las funciones de asesoramiento independiente a los solicitantes de hipotecas inversas. 2 El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa».

indica que será obligatoria la entrega de oferta vinculante a que se refiere el artículo 23, así como que será obligatoria la prestación, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, de un servicio de asesoramiento independiente y previo, además de las fichas de información precontractual y la ficha de información personalizada. También se contempla que, adicionalmente, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente una «Guía de acceso a la hipoteca inversa».

Si bien, como se ha señalado, aún no se había desarrollado el régimen de transparencia y protección a la clientela según la habilitación legal de la Ley 41/2007, no es menos cierto que se debían hacer extensivas a estas financiaciones las obligaciones de información previa que este Servicio ha venido estableciendo para las financiaciones con garantía hipotecaria sobre viviendas, cualquiera que fuera su importe. Así, la oferta vinculante o documento similar que contenga la información previa de las condiciones financieras del préstamo hipotecario debe ser entregada al cliente con una antelación no menor que tres días hábiles, plazo establecido en el artículo 7, apartado 2, de la citada orden, para que el interesado pueda examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario.

Por ello, tras exponer el informe algunas cuestiones relativas al clausulado del contrato estudiado, el Servicio concluyó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias al no poder acreditar haber informado a su cliente, con carácter previo y antelación suficiente, de las características de la financiación, ya que, aun a pesar de que esta sostenía que se entregó oferta vinculante, que aportaba, esta aparecía fechada el 31.3.2011, esto es, el mismo día que la firma de la escritura.

6.1.15 DEVOLUCIÓN
DE RECIBOS CARGADOS
EN CUENTA. POSIBLE
DOMICILIACIÓN TÁCITA

La reclamación R-201202033 gira en torno a la devolución de determinados recibos, respecto a los que fue admitida la devolución solicitada para los comprendidos dentro del plazo de ocho semanas, pero no así de 16 recibos adeudados en un plazo superior al citado e inferior a trece meses.

La parte reclamante fundamentaba su derecho a devolver los recibos en el plazo de 13 meses contemplado por la Ley 16/2009, por no existir domiciliación de aquellos, en tanto que la entidad reclamada alegaba, por un lado, domiciliación tácita de aquellos, sobre la base de un numeroso volumen de recibos girados con anterioridad por el mismo librador, sin haber manifestado desacuerdo al respecto, y, por otro, sobre la base de la aceptación, igualmente tácita, que entiende concurre, con la consecuente firmeza de los cargos, derivada del tiempo transcurrido desde los adeudos en cuenta, sin manifestar oposición a aquellos.

Así pues, para la resolución del expediente resulta necesario valorar los requisitos exigidos por la Ley 16/2009, de servicios de pago, y en particular en lo referente a considerar si se trata de una operación de pago autorizada, o no, a efectos de determinar los plazos de devolución y, del mismo modo, si la parte reclamante, como libradora de los recibos, actuó diligentemente en cuanto al plazo para comunicar los cargos que rechaza. Al respecto, habría que tener en cuenta lo preceptuado en los artículos 29, 31, 33 y 34 y en la disposición transitoria tercera de la citada ley.

Llegados a este punto, hay que señalar que tanto la emisora de los recibos como la libradora son sociedades mercantiles y los controvertidos recibos hay que entenderlos dentro del tráfico mercantil, en el cual son habituales el giro y el pago mediante cargo

en cuenta del librado de recibos, en los que, figurando el código cuenta cliente del librado, son adeudados sin domiciliación firmada por este; cargos que, razonablemente, transcurrido un determinado período de tiempo, deben ser considerados firmes sobre la base de autorización tácita y la teoría de actos propios. El establecimiento por la Ley de Servicios de Pago de plazos máximos para la devolución de operaciones de servicios de pago podría condicionar, en su caso, el plazo mínimo para la aplicación de la teoría citada.

Por otro lado, antes de afirmar la existencia de una domiciliación tácita⁸ para todo tipo de cargos de un mismo emisor, sobre la base de que no se han rechazado otros anteriores, por elevado que sea su número, este Servicio considera que debe hacerse una valoración prudente e individualizada acerca de la naturaleza y/o actividad de las partes (librador y librado de los recibos), homogeneidad de los importes, cadencia de cargos y demás circunstancias concurrentes. Dicho de otro modo, que la existencia de una domiciliación tácita debe ser ponderada y no entendida en sentido amplio. Ello sobre la base de que, en esas relaciones comerciales antes invocadas, no todos los giros que se realicen a cargo de una mercantil o comerciante han de ser necesariamente conformes, sino que unos lo serán y otros pueden no serlo.

Pero, aun en el supuesto de que se entendiera que no existe autorización tácita, tampoco puede obviarse lo establecido en el punto 1 del artículo 29 de la susodicha Ley de Servicios de Pago, para solicitar la devolución de operaciones no autorizadas, al exigir comunicación «sin tardanza injustificada», si bien el punto 2 del mismo precepto establece para tal comunicación «un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo». Al Servicio de Reclamaciones se le plantearon dudas acerca de si la mercantil reclamante actuó «sin tardanza injustificada» a la hora de solicitar la devolución de los recibos más antiguos —en alguno de ellos se superaron los doce meses desde el cargo en cuenta—, entendiendo que tal valoración excedía su competencia.

Así las cosas, tras el análisis de la documentación aportada al expediente, y dadas las circunstancias concurrentes, dicho Servicio de Reclamaciones consideró que no podía pronunciarse acerca de si realmente existía, o no, autorización tácita y, en caso de no existir y, por tanto, tratarse de operaciones no autorizadas, si la entidad debió, o no, aplicar y, en caso afirmativo, con qué graduación, el plazo contemplado en el susodicho artículo 29 de la Ley de Servicios de Pago.

6.1.16 FRAUDE EN ENVÍO DE DINERO AL EXTERIOR, A TRAVÉS DE ENTIDAD DE PAGO

La reclamación R-201203042 gira en torno a una operación presuntamente fraudulenta de compraventa a través de Internet, en la que el vendedor exigía al comprador (reclamante), como garantía para realizar el envío del bien adquirido, que depositara una cierta cuantía monetaria a través del servicio de envío de dinero prestado por la empresa reclamada, solicitándole un justificante del depósito, si bien «por seguridad», el propio vendedor le habría indicado al comprador se procediera a ocultar los códigos y contraseñas de cobro, a lo que accedió el reclamante, quien afirma que, al realizar el envío de dinero, en todo momento le informan de que «sin el código y la contraseña, el destinatario no puede bajo ningún concepto cobrar el dinero». Pues bien, el dinero se pagó en destino al beneficiario tras la simple identificación, sin realizar verificación de seguridad alguna.

⁸ En cuyo caso, el plazo máximo de devolución, en el supuesto de cumplirse los requisitos del artículo 33.1 de la Ley de Servicios de Pago, hubiera sido de ocho semanas.

La entidad reclamada alegó, en síntesis, que las transferencias no están sometidas a condición suspensiva alguna, siendo aquellas una orden de pago pura y simple, a favor de persona física, para cuyo pago únicamente se requiere la debida identificación del beneficiario y que en el país de destino de los fondos no se realizaba test de seguridad alguno, por lo que, habiéndose comprobado por la entidad pagadora que la persona que solicitaba su abono coincidía con la que se señalaba como beneficiario en el sistema informático, la transferencia fue abonada.

Sin cuestionar las características señaladas por la entidad reclamada respecto a las transferencias en general, no nos encontramos ante una transferencia bancaria clásica, ordenada por un cliente para que con cargo a su cuenta se realice un abono en otra cuenta bancaria de un tercero (beneficiario), sino ante una modalidad singular de transferencia, conocida generalmente como «envío de dinero».

Al amparo en esta modalidad de envío de dinero, han aparecido diversos tipos de fraude, respecto a los que las propias entidades remesadoras, incluida la reclamada, manifiestan ser sensibles, alegando que, con el fin de evitar posibles fraudes, incluyen, tanto en sus propios albaranes como en sus sitios web, advertencias al respecto, al tiempo que han ido adoptado distintas medidas, como son el establecimiento de una serie de campos que cumplimentar en los formularios, que solo puedan ser conocidos por el ordenante y, cuando este se lo facilite, por el destinatario de los fondos. También suele incluirse entre dichas medidas el número de referencia de la operación, inicialmente diseñado para una rápida localización y control del envío.

En ese sentido, es exigible a las entidades de pago que su actuación sea acorde con criterios de buenas prácticas y diligencia, tanto si actúan directamente como si lo hacen a través de agentes, y que en esa línea su actitud no solo se limite a realizar las advertencias de ese modo, cuando saben que pocas personas las leen antes de realizar la operación de envío de dinero, sino que, cuando sea planteada esta ante la ventanilla, se advierta expresamente al remitente de los riesgos en que incurre, bien verbalmente, bien facilitándole por escrito un resumen del tipo de fraude que puede sufrir, acorde con el tipo de envío concreto que solicita, para su lectura previa a consumir la transferencia, sea interior o exterior, y que, adicionalmente, se solicite la cumplimentación de todos los campos de los correspondientes formularios. Del mismo modo, si es conocido que en el país de destino de los fondos no son observadas tales medidas de seguridad, se advierta igualmente de ello.

En el caso objeto de reclamación, en el propio formulario firmado por el cliente y el agente de la entidad reclamada figura una casilla denominada «Pregunta de verificación», que habría sido cumplimentada y que, según el primero, el agente de la entidad le habría asegurado que, para cobrar el dinero en destino, sería necesario aportar la respuesta a la pregunta de verificación, además del número de control del envío. Según la entidad reclamada, ello no era necesario para el país de destino de los fondos, siendo suficiente la identificación del destinatario para realizar el pago, tal como se hizo.

Así las cosas, el Servicio de Reclamaciones consideró que la entidad reclamada (en su actuación a través de agente) se apartó de las buenas prácticas inherentes a entidades de envío de dinero, por cuanto, pudiendo conocer, bien a través de su red de oficinas, bien a través de los corresponsales con los que opera, en qué países se exige contrastar las preguntas de seguridad y en cuáles no, y habiendo sido cumplimentada la pregunta de verificación, no advirtió al ordenante de que en el país de destino de los fon-

dos el dinero podría ser entregado al destinatario con su simple identificación, sin necesidad de responder a ninguna pregunta de seguridad.

6.1.17 DISCONFORMIDAD
CON LOS IMPORTES
COBRADOS
POR EL REGISTRADOR

En el expediente R-201212747, el reclamante mostraba su disconformidad con el importe de la minuta del registrador de la propiedad relativa a la cancelación registral de su hipoteca, considerándolo excesivamente elevado, teniendo en cuenta ciertas sentencias que versan sobre el tema, por lo que optó por llamar personalmente al registrador, el cual admitió que el importe podría ser menor, procediendo a modificar la factura. Ante esta situación, denuncia una falta de implicación de la gestoría designada por la entidad, pues tendría que velar con mayor diligencia por los intereses de sus clientes, solicitando por ello una indemnización por valor del importe que le fue devuelto por el registrador, que ascendía a 97,49€. En este caso concreto, el Servicio no pudo pronunciarse, señalando que su ámbito de actuación se circunscribe a las normas de disciplina bancaria, por lo que no podía valorar la actuación del Banco Popular en relación con el importe de un arancel registral, que sería competencia de la Dirección General de los Registros y el Notariado o, en su caso, de los tribunales de justicia.

6.1.18 INFORMACIÓN
Y DISPOSICIÓN
DE FONDOS
POR REPRESENTANTE
LEGAL EN CUENTA
INDISTINTA

En el caso R-201212987, el representante legal del reclamante denunciaba la imposibilidad de conocer el estado de la cuenta de su cliente, así como realizar una disposición de fondos de aquella, y ello a pesar de contar con un poder recogido en escritura pública que le facultaba para dicha operativa, basando su negativa la entidad en la falta de consentimiento del otro cotitular de la cuenta indistinta. Analizada la documentación aportada al expediente, así como las versiones de ambas partes, el Servicio estimó que la actuación de la entidad fue apartada de las buenas prácticas bancarias, por cuanto negó la posibilidad de nombrar a terceras personas autorizadas para disponer en una cuenta indistinta, descargando en el reclamante la obligación de obtener autorización de la cotitular de la cuenta para que su representante legal pudiera efectuar un reintegro de fondos en la cuenta de titularidad indistinta.

6.1.19 CARGO EN CUENTA
POR DEVOLUCIÓN
DE INGRESO,
EN DESCUBIERTO

En la reclamación R-201213138, el interesado solicitaba la devolución de un cargo de 4.369,55€ fraudulentamente realizado con su tarjeta de crédito, no entendiendo cómo pudo producirse cuando su tarjeta tiene un límite de disposición de 630€. Explicaba en su escrito que recibió esa cantidad de una persona que le debía dinero, y que le ofreció pagárselo a través de su tarjeta, por lo que, cuando se ingresó en su cuenta mediante abono de tarjeta, dispuso de él transfiriéndolo a otra entidad, quedándose la cuenta en descubierto cuando se realizó la retrocesión de aquel. La entidad, para justificar su actuación y, en su caso, proceder a regularizar la situación acontecida, exigió a su cliente acreditar que efectivamente le correspondía el abono inicial en su tarjeta. Este Servicio consideró que la actitud de la entidad, al no anteponer los intereses de su cliente frente a los del un tercero, fue contraria a las buenas prácticas bancarias, pues realizó un cargo en una cuenta sin contar con el preceptivo consentimiento de su titular, además de descargar en este la carga de la prueba para verificar que realmente le correspondía recibir el importe inicialmente abonado en su cuenta.

6.1.20 SALDOS
INEMBARGABLES.
EMBARGO EN
DESCUBIERTO

En el supuesto R-201210848, la reclamante se mostraba disconforme con un embargo de 55,22€ llevado a cabo en su cuenta sin tener presente que su único ingreso mensual es una ayuda familiar de 426€, que considera en todo caso inembargable. Asimismo, señala que dicho embargo produjo un descubierto en su cuenta, por el que, además, le adeudaron intereses y comisiones. Este Servicio estimó parcialmente las pretensiones de la reclamante, pues, si bien, por una parte, consideró que la entidad no es competente para valorar si los ingresos que recibe su cliente tienen el estatus de embargables o no, pues es

una mera intermediaria entre la administración embargante y el titular embargado, debiendo dirigirse este al órgano ordenante para plantear cualquier tipo de disconformidad con el embargo realizado, por otra, este Servicio no estima acorde con las buenas prácticas bancarias que se realice un embargo en cuenta sobre unos fondos inexistentes, provocando así un descubierto, que, por resultar improcedente, no debería conllevar el adeudo de comisiones ni intereses de ningún tipo, siendo que en el presente caso la entidad se allanó en la reclamación de su cliente, procediendo a la retrocesión de los gastos que había ocasionado el citado descubierto.

6.2 Consultas

6.2.1 SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO A PROMOTOR

Las entidades, para aceptar la subrogación de deudor en los préstamos que previamente han concedido al promotor, exigen una novación de las condiciones que se han de aplicar a los nuevos prestatarios. Los ciudadanos están interesados en conocer si las entidades están obligadas a mantener las condiciones pactadas en la escritura matriz y cuál es la información que deben facilitarles con carácter previo a la formalización del préstamo hipotecario.

Las decisiones que adoptan libremente las entidades de crédito respecto a la aceptación de un potencial cliente en la posición deudora de un crédito como consecuencia de una subrogación se incardinan en lo que viene a denominarse su «política comercial y de asunción de riesgos», excediendo en principio su fiscalización de las competencias del Banco de España —que no interviene, por tanto, en dichas decisiones—, al enmarcarse en el ámbito discrecional de actuación de aquellas, que se basa en el principio de libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico y que permite a las entidades de crédito seleccionar libremente a sus clientes de activo y, en general, gestionar de manera autónoma su asunción de riesgos directos.

Con la expresión «subrogación por cambio de deudor» se identifican las modificaciones contractuales con las que se sustituye al deudor del préstamo con la autorización, expresa o tácita, de la entidad acreedora, de modo que el nuevo prestatario asume todos los derechos y obligaciones contraídas por aquel.

Para la entidad de crédito no es obligatorio admitir la subrogación, pues la autorización dependerá de los criterios de política crediticia que tenga, entre los que se suele considerar especialmente la solvencia del comprador. En este sentido, la Ley Hipotecaria de 1946 indica en su artículo 118.1 lo siguiente: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito [...]»

Por lo tanto, las entidades son libres de autorizar o denegar la concesión, refinanciación o novación de una operación concreta según la política crediticia de cada entidad, estrategia que, además, se revisa y se modifica periódicamente en función del perfil de riesgos que se pretenda alcanzar.

No obstante lo anterior, en aquellos casos en los que la entidad interviene directamente en la operación de compraventa con subrogación, el Servicio de Reclamaciones considera que resulta responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y que no omita aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente. Hay que entender que, si en última instancia la entidad tiene la potestad de admitir la subrogación del deudor hipotecario, es ella la primera interesada en que sus clientes conozcan las condi-

ciones en las que contratan, a fin de evitar, entre otras incidencias, situaciones de asimetría informativa. Con mayor motivo, cuando la entidad introduzca modificaciones en las condiciones financieras del préstamo, supuesto en el que además se exige que la información sobre dichas modificaciones, y en general sobre el resto de condiciones financieras del préstamo, sea facilitada al interesado con antelación razonable a la formalización de la escritura.

A partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, ha quedado derogada la anteriormente citada Orden de 5 de mayo de 1994, implantando la nueva orden la obligatoriedad de facilitar la información previa regulada en los artículos 21 y 22.

El 28 de octubre de 2011 se aprobó la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en la parte relativa a la información previa y contenido de los contratos de préstamos hipotecarios de personas físicas, entró en vigor el 29 de julio de 2012. Conforme a esta nueva normativa⁹, la entidad deberá proporcionar una Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que estará a disposición de los clientes de forma gratuita y tendrá carácter orientativo, con información clara y suficiente sobre los préstamos ofertados; y, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, una Ficha de Información Personalizada (FIPER) con el formato que aparece en el anexo II de la orden, para dar respuesta a su demanda de crédito, y que se habrá de entregar con la debida antelación, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado. El cliente, además, podrá solicitar la entrega de una oferta vinculante.

Por otro lado, señala que las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades, en los términos previstos en la propia orden.

Dicho esto, para que el documento previo a la firma de un préstamo de subrogación (si hay novación en las condiciones) sea vinculante, deberá tener las formalidades y plazo de validez del artículo 23 de la mencionada Orden EHA/2899/2011 sobre la oferta vinculante:

«1 Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente conforme a lo dispuesto en el artículo 18, este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante.

2 La oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada como la que figura en el Anexo II en la que, adicionalmente, se especificará lo siguiente:

⁹ De aplicación en las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por personas físicas a partir de dicha fecha (cualquiera que sea su importe e incluso cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial), en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

a) Que se trata de una oferta vinculante.

b) El plazo de vigencia de dicha oferta.

3 Toda información adicional que la entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.

4 Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento.

5 Salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.»

6.2.2 CANCELACIÓN ANTICIPADA DE IMPOSICIONES A PLAZO FIJO

En este último año se han recibido consultas de consumidores que pretendían cancelar sus imposiciones a plazo fijo, admitiendo incluso la existencia de una penalización, y sin embargo las entidades se negaban a ello.

En estos supuestos, es necesario analizar, en primer lugar, el contenido del contrato suscrito entre las partes, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» y, además, el artículo 1255 del mismo texto legal prevé que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público», los cuales deben reflejar de forma adecuada y transparente los derechos y obligaciones que asumen las partes, siendo responsabilidad de los clientes el efectuar una lectura detallada de los contratos antes de proceder a su firma, debiendo, en su caso, solicitar de las entidades cuantas aclaraciones estimen necesarias para una correcta comprensión de los términos acordados. Por otra parte, resulta exigible a las entidades que faciliten a sus clientes dichas explicaciones, adaptándolas al nivel de comprensión de cada cliente, teniendo en cuenta su experiencia en la contratación de productos financieros.

Asimismo, con carácter general, en un depósito a plazo fijo los fondos no son disponibles hasta la fecha de vencimiento pactado, salvo que expresamente la entidad acceda a una cancelación anticipada, que, en principio, conllevaría el cobro de una penalización.

En definitiva, en los casos en los que no se contempla expresamente, en el propio documento contractual, la posibilidad de cancelación anticipada, debemos entender que esta solo será posible si se llega a un acuerdo entre las partes, fijando las condiciones en las que la cancelación anticipada pueda tener lugar. Por otro lado, parece razonable pensar que, en tales casos, si las entidades depositarias, en función de la naturaleza del producto, alegan que la cancelación anticipada para ellas implica un coste de cancelación, pueda devengarse una penalización.

En la actualidad no existe ninguna norma legal que limite la comisión por cancelación anticipada que pueden cobrar las entidades. El Servicio de Reclamaciones mantiene el criterio de que son dos los límites a los que debe ceñirse la comisión aludida: no rebasar

el máximo recogido en las tarifas de comisiones y gastos de la entidad, y que la cuantía de la penalización no supere el importe de los intereses devengados por la imposición.

6.2.3 CONSERVACIÓN DE DOCUMENTACIÓN

En muchas ocasiones hemos recibido consultas en las que nos preguntaban el plazo durante el que las entidades tienen la obligación de conservar la documentación justificativa de las operaciones con sus clientes.

No existe normativa específica en materia bancaria sobre el período mínimo de conservación de documentos. El Código de Comercio sí dispone, en su artículo 30.1, que «los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales».

Ahora bien, este Servicio de Reclamaciones entiende, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en este asunto, que las entidades habrán de conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos, durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción (15 años para las acciones personales, en virtud del artículo 1964 del Código Civil, o el plazo previsto por las normas forales), puedan resultarles conveniente para promover el ejercicio de los primeros o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas (sentencias n.º 1046/2001, de 14 de noviembre, y n.º 277/2006, de 24 de marzo).

Por otra parte, las entidades tienen la obligación de remitir extractos a los clientes periódicamente, conforme a lo regulado en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece en su artículo 15 lo siguiente:

«1 Sin perjuicio de lo establecido en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, las entidades de crédito deberán comunicar gratuitamente al cliente, al menos mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en su cuenta corriente, si los hubiera, con información relativa a la fecha, concepto e importe de la operación.

En todo caso, se deberá proporcionar al cliente una copia de la información relativa a cualquier operación realizada a través de cualquier depósito a la vista.

2 Las entidades de crédito deberán colaborar activamente e intercambiar toda la información que resulte necesaria, entre sí y con el propio cliente, al objeto de facilitar el traslado eficaz y ágil a otra entidad de crédito de las operaciones financieras más habituales que empleen como soporte un depósito a la vista, tales como domiciliaciones periódicas, órdenes permanentes de transferencia y transferencias periódicas recibidas.»

En similares términos se pronuncian los artículos 15 y 16 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. El artículo 11 de dicha orden, al que remiten los citados artículos 15 y 16, recoge que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, en papel u otro soporte duradero, la información y las condiciones contenidas en el artículo 12,

con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta. La información y las condiciones estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes.

No obstante, el Servicio de Reclamaciones considera que las entidades, de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, deben proporcionar a sus clientes, salvo que exista razón suficiente para lo contrario, los extractos o duplicados de estos que les sean solicitados por aquellos, pudiendo percibir, en su caso, por tal servicio la comisión que tuviera tarifada al efecto, o, en caso de servicios de pago, los gastos de comunicación que tales envíos generen, y siempre que estuvieran recogidos en el contrato y sean adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados. Es decir, si la información solicitada excediera de la que la entidad está obligada a facilitar a los interesados con la periodicidad pactada, y además se refiere a un dilatado período de tiempo y de manera genérica, se trataría de un servicio perfectamente retribuable en cuanto esté tarifado o pactado.

Finalmente, hay que indicar que la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en su artículo 10.2.f establece como causa de inadmisión de reclamaciones el transcurso de un plazo de seis años desde la producción de los hechos sin que se haya presentado la reclamación o queja.

6.2.4 COMISIÓN POR CANCELACIÓN REGISTRAL DE HIPOTECA

En los supuestos de cancelación registral de los préstamos hipotecarios, los consultantes nos preguntan acerca de la legalidad del cobro, por parte de las entidades, de comisiones por la emisión del certificado de deuda cero, por el mero hecho de enviar los papeles a la notaría o por mandar a un apoderado a firmar la escritura de cancelación.

El artículo 82, del texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero 1946, establece que «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causa-habientes o representantes legítimos».

Consecuentemente, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que, sobre la base de dicha norma y acorde con los criterios de buenas prácticas bancarias, las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría, si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública.

Derivado de la posibilidad de que los clientes lleven a cabo por sí mismos los trámites necesarios para la cancelación registral de su hipoteca, obtenida certificación de haberse pagado la deuda, las entidades financieras únicamente prestarán este servicio si lo solicita su cliente (entendiendo por tal, en las cancelaciones de préstamos hipotecarios, bien el titular del préstamo, bien la persona que está interesada en esta cancelación notarial), resultando imprescindible, para que el cobro de la comisión que lo retribuye pueda considerarse procedente, que el cliente preste su consentimiento previo no solo a que la entidad realice este servicio, sino también a que se le adeuden las comisiones tarifadas e informadas por este concepto.

Así, la comisión remunera la preparación de la documentación necesaria, a petición del cliente, para que sea la entidad la que realice las gestiones y tramitaciones precisas para la cancelación registral de su hipoteca. Por ello, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España exige que se acredite que se ha prestado un verdadero servicio al cliente, sin que quepa incluir en este supuesto:

- La entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero).
- El simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

6.2.5 MODIFICACIÓN DE COMISIONES PREVIAMENTE PACTADAS EN EL CONTRATO DE CUENTA

Esta consulta trata sobre la posibilidad de modificar de manera unilateral, por las entidades, las comisiones previamente pactadas en contrato, mediante comunicaciones enviadas a sus clientes.

Con carácter general, respecto a los posibles gastos o comisiones liquidadas, hay que analizar el contenido de lo estipulado en los contratos que se hayan suscrito entre las partes, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»; y, además, el artículo 1255 del mismo texto legal prevé que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece en su artículo 3.1 que las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. En este mismo artículo, en su apartado 3, se establece que las entidades deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España. Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y facilitando la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisiones, la periodicidad con que se aplican y el importe de aquellas de manera desagregada por el período en que se apliquen. Esta información estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades financieras, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

Es posible, por tanto, que las entidades comiencen a cobrar comisiones que antes no aplicaban o incluso aumenten las existentes. Hay que tener en cuenta que, para la modificación de las condiciones pactadas relativas a comisiones y gastos repercutibles, referidos a contratos relativos a operaciones pasivas en las que intervenga el tiempo, es necesario que se recoja expresamente en el documento contractual el procedimiento que se ha de seguir en estos casos, que conllevará siempre la comunicación previa de la modificación con antelación razonable a su aplicación, y los derechos que asisten al cliente cuando se produzca tal modificación.

En esta línea, y en relación con la modificación de las condiciones, hay que tener en cuenta la Ley 16/2009, de servicios de pago, en cuyo artículo 22.1 señala que:

«1 El proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones a las que se refiere el artículo 18 de manera individualizada y en papel u otro soporte duradero, en la forma que se determine por el Ministro de Economía y Hacienda, y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

No obstante, se podrán aplicar de manera inmediata todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para los usuarios de servicios de pago.

Todas las modificaciones propuestas deberán destacarse con claridad. Cuando se haya convenido así, el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. En tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a resolver el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones.»

De igual modo, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, establece que:

«Artículo 17 Modificación de las condiciones del contrato marco. El proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las referidas en el artículo 22 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de modo idéntico al estipulado en el artículo 11.1.

Artículo 11.1 El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, en papel u otro soporte duradero, la información y las condiciones contenidas en el artículo 12, con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta. La información y las condiciones estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes.»

6.2.6 ADEUDO DE COMISIONES
EN CUENTAS
VINCLADAS A
PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS.
SUSTITUCIÓN DE LA
CUENTA VINCLADA

Es habitual que la gestión de un préstamo hipotecario se lleve a cabo a través de una cuenta vinculada a este, por lo que se nos solicita con asiduidad, por los clientes de entidades financieras, asesoramiento en cuanto al adeudo de comisiones en dichas cuentas y a la posibilidad de cancelación y realización de los pagos a través de otros canales.

En relación con ello, debemos señalar que tradicionalmente este Servicio de Reclamaciones ha venido considerando que no corresponde a los clientes soportar ninguna comisión por mantenimiento y/o administración cuando las cuentas se mantienen con la finalidad de ser utilizadas exclusivamente para abonar los intereses de un depósito o para dar servicio a un préstamo hipotecario:

- por imposición de la entidad, pues conduciría al absurdo de que el cliente pague por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que esta le impuso en interés propio, siendo claramente contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios, o
- por voluntad del interesado, pues la comisión carecería de causa. No obstante, si las entidades negaran la gratuidad a este canal de pago, podrían habilitar alternativamente cualquier otro procedimiento para que los prestatarios pudieran hacer los pagos sin coste alguno (como transferencias a una cuenta habilitada a tal fin, domiciliación en cuentas abiertas en otras entidades, etc.). De no ser así, deberían informar del coste que se ha de soportar en el momento de la contratación.

A este respecto, cabe destacar que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece en su artículo 12, *Servicios bancarios vinculados*, que las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones, así como del coste total que corresponde a cada uno de los servicios.

De igual modo, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, establece expresamente en su norma sexta, apartado 2.5.j), que, cuando la apertura de una o varias cuentas sea obligatoria para el cliente, los gastos de mantenimiento de ellas no podrán ser modificados unilateralmente por la entidad, siempre que se utilicen exclusivamente para este fin.

En consecuencia, a la vista de esta nueva normativa en materia de transparencia, este Servicio considera:

- 1 Que, en los préstamos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa, o en aquellos préstamos que hubieran sido objeto de modificación con posterioridad a dicha fecha, se podrá cobrar comisión de mantenimiento de las cuentas vinculadas a los préstamos hipotecarios, aunque se utilizasen exclusivamente para la gestión de estos, siempre que se cumpla con las exigencias establecidas en la nueva normativa, esto es: i) que se haya informado previamente a los clientes, en el documento de entrega obligatoria previa, acerca de la exigencia —en su caso— de contratar la cuenta vinculada; ii) que se informe de la parte del coste total que corresponda al mantenimiento de dicha cuenta; iii) que tanto la contratación como su coste se recojan expresamente en el contrato, y iv) que dicho coste no pueda ser modificado unilateralmente por la entidad a lo largo de la vida del préstamo.
- 2 Que, en los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 (29 de abril de 2012), y que no hayan sido novados con posterioridad a dicha fecha, las entidades deben conformar su actuación al criterio tradicionalmente mantenido por el Servicio de Reclamaciones, según el cual no es posible el cobro de comisiones en las cuentas vinculadas a préstamos hipotecarios, siempre que estas se usen única y exclusivamen-

te para la gestión del préstamo. Esto obedece al hecho de que los prestatarios no sujetos a dicha normativa no gozan de las garantías derivadas de esta para el cobro de dicha comisión (principalmente, de información previa y de la imposibilidad de que el coste sea modificado unilateralmente por la entidad).

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de dar de baja la cuenta vinculada a la hipoteca, habrá que atender a la obligación o no de tener una cuenta abierta en la entidad con el objeto de poder pagar las cuotas del préstamo, habrá que estar a lo que disponga la escritura del préstamo hipotecario y si se obliga en él al prestatario a mantener una cuenta abierta en la entidad al objeto de que se carguen en ella los vencimientos del préstamo.

Ello es así debido a que los derechos y obligaciones de las partes son, en principio, los pactados en el documento suscrito al formalizar la operación.

En caso de que el contrato no contemple dicha obligación, según el criterio que venimos manteniendo, el prestatario sería libre para decidir si mantiene la domiciliación de los recibos en la entidad prestamista o la cambia a otra entidad diferente, cancelando la cuenta.

6.2.7 RÉGIMEN TRANSITORIO
DE ÍNDICES O DE
TIPOS DE REFERENCIA.
DESAPARICIÓN DEL IRPH

Recibimos numerosas consultas en relación con la futura desaparición del IRPH cómo índice oficial y a la situación de las hipotecas a él referenciadas, en las que se nos requiere información sobre dichas cuestiones.

En primer lugar, es necesario indicar que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, prevé en su disposición transitoria única (punto 1) que los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos. La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo (Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio), es decir, el 6 de octubre de 2013, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

En consecuencia, mientras que no se establezca el régimen de transición fijado en la orden, los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios afectados continuarán siendo aptos y seguirán publicándose. Será en ese momento cuando se determinará lo que proceda respecto al tipo de referencia y a su posible sustitución.

A fecha de redacción de esta Memoria, el Gobierno está trabajando en la regulación de dicho régimen de transición, que estará aprobado previsiblemente antes del citado 6 de octubre de 2013. No obstante, hasta que aquel se determine y entre en vigor, el Banco de España va a seguir publicando mensualmente, como viene haciendo hasta la fecha, el valor de dichos índices de referencia.

6.2.8 INCIDENCIAS
CON LAS TARJETAS
REVOLVING

Se han incrementado considerablemente las consultas en relación con el funcionamiento de esta clase de tarjetas. Los consumidores tienen dudas sobre el tipo de interés aplicable y sobre las comisiones adeudadas, y manifiestan su malestar porque, tras varios años realizando los pagos mensuales, no logran amortizar el capital principal de la deuda.

Inicialmente, hay que incidir en que los derechos y obligaciones de las partes de un contrato son los pactados en el contrato de tarjeta suscrito con la entidad, añadiendo, en

cuanto a la determinación del tipo de interés que se ha de aplicar, que son las entidades las que tienen, en principio, libertad para decidir los tipos de interés conforme a lo establecido por la Orden EHA/1608/2010, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, y la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establecen que los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualesquiera que sean la modalidad y el plazo de la operación.

La entidad proporcionará al cliente la información y las condiciones referidas a los gastos y tipos de interés que le serán aplicados, y facilitará, en cada liquidación que practiquen por sus operaciones, un documento en el que se expresen con total claridad dichos tipos de interés y comisiones, con indicación concreta de sus conceptos, así como de los gastos suplidos y cuantos antecedentes sean necesarios para que el cliente pueda verificar la liquidación efectuada.

En concreto, este tipo de tarjetas posibilitan el reintegro aplazado de las cantidades dispuestas mediante el pago de cuotas periódicas, que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad, con la característica de que, con cada plazo pagado, se reconstituyen los fondos disponibles por ese importe. Los intereses generados, comisiones y otros gastos repercutibles al cliente son financiados junto con el resto de las operaciones, por lo que, cuanto menor es el importe de la cuota que se ha de pagar, mayor es el plazo que se precisa para pagar la deuda acumulada. Consecuencia de esta operativa es que no es posible emitir un cuadro de amortización previo (como sí ocurre cuando se contrata un préstamo en el que el importe de las cuotas está anticipadamente determinado), dada la variabilidad de las cuotas mes a mes, según el capital pendiente y las disposiciones efectuadas.

En este sentido, la normativa de transparencia tampoco exige, lógicamente, que esta información figure entre la que periódicamente se debe facilitar al titular de la financiación, sino tan solo un detalle de las transacciones realizadas —con datos de referencia, fechas de cargo y valoración, tipos aplicados, comisiones y gastos repercutidos...— y el reflejo de la deuda pendiente. No obstante, los extractos que se envían por este motivo, bien por cómo reflejan estos datos, bien por la propia complejidad de la forma de liquidación, no suelen resultar sencillos y comprensibles para comprobar la relación existente entre las cantidades dispuestas, los reintegros a que ya se ha hecho frente y el importe de la deuda pendiente en cada momento.

Por este motivo, y de acuerdo con los principios de claridad y transparencia informativa que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, este Servicio estima que, cuando el titular de la tarjeta solicite aclaración sobre las cantidades abonadas y el saldo deudor pendiente con este instrumento de pago, las entidades deben extremar la diligencia para tratar de facilitar un detalle lo más completo posible de la deuda exigible, donde el cliente pueda verificar la bondad del importe reclamado y su composición, desglosando la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos.

6.2.9 SOLICITUD DE DOCUMENTACIÓN DE CARÁCTER PERSONAL (NIF, NÓMINAS...)

En el año 2012 han sido numerosas las consultas, tanto telemáticas como telefónicas, en las que los usuarios financieros nos han preguntado si se ajustaba a las buenas prácticas bancarias la actuación de la entidad, al solicitarles documentación acreditativa de su identidad y de su actividad profesional.

La normativa de prevención de blanqueo de capitales de la Ley 10/2010, de 28 de abril, impone a las entidades de crédito (como sujetos obligados) la obligación de identificación de personas físicas o jurídicas con las que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones, reconociendo que en ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas y verificará la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes.

En ese mismo sentido, la citada ley establece que los sujetos obligados obtendrán información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios. En particular, los sujetos obligados recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información. Tales medidas consistirán en el establecimiento y aplicación de procedimientos de verificación de las actividades declaradas por los clientes.

Además, esta verificación mencionada no se agota en un solo acto, pudiendo repetirse a lo largo del tiempo. Los sujetos obligados aplicarán medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación, a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos, y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

Por tanto, las entidades deben cumplir las obligaciones expuestas al iniciar relaciones contractuales (en la identificación de los clientes que se presenten y en la formalización de los documentos contractuales), y, posteriormente, conservando los contratos suscritos y, en todo caso, extremando la diligencia en su actuación, dada la trascendencia de la documentación formalizada.

Conforme a lo anterior, la actuación de una entidad consistente en exigir documentación relativa a la identificación de la actividad o de los ingresos de una persona física o jurídica, o la actualización de dicha documentación, no puede ser considerada como contraria a las buenas prácticas bancarias, pues deberían entenderse realizadas en beneficio de la seguridad del tráfico bancario.

6.2.10 SOLICITUD
DE CANCELACIÓN DE
SEGUROS DE HOGAR
VINCULADOS
A PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS

En estos casos, los clientes imparten instrucciones a su oficina para que no les pasen al cobro el recibo del seguro vinculado a su hipoteca, solicitando la cancelación de la póliza, ya que consideran que dicho seguro está sobrevalorado en sus condiciones y coberturas y tienen intención de formalizar un seguro del hogar con otra compañía.

En primer lugar, hay que indicar que una entidad, para conceder un préstamo, puede exigir del prestatario el cumplimiento de uno o varios requisitos adicionales, como pueden ser, por ejemplo, domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones, un producto de inversión o un seguro de unas determinadas características, aportar uno o varios fiadores, o que sean varios los prestatarios responsables del pago de las cuotas del préstamo.

Por tanto, habrá que estar al contenido del contrato de préstamo o a los eventuales pactos que se hayan celebrado con la entidad para determinar sus obligaciones en cuanto a la contratación de seguros vinculados, su duración, importe que se ha de asegurar, beneficiario, así como a la posibilidad de cancelar en el futuro dicho seguro o llevar a cabo un

cambio de entidad aseguradora (aunque se haya pactado la necesidad de mantener el seguro en vigor durante toda la vida del préstamo, no impide que se contemple un posible cambio de aseguradora, normalmente exigiendo para ello el visto bueno de la prestamista a la nueva compañía).

Ahora bien, en los casos en los que la suscripción de una póliza de seguros sea un requisito contractual establecido por una entidad de crédito para el otorgamiento de un préstamo y sea innegable la vinculación entre esta entidad y la compañía aseguradora, por la pertenencia de ambas entidades al mismo grupo financiero, no parece admisible que la primera considere que las incidencias que puedan surgir con la referida póliza sean cuestiones ajenas, que atañen exclusivamente al asegurado y a la compañía aseguradora.

Por el contrario, este Servicio de Reclamaciones considera que, en estos casos, las entidades deben velar especialmente por que sus clientes estén adecuadamente informados y sean conocedores, en cada momento, de la situación del seguro vinculado a la financiación concedida que ha sido concertada con una compañía aseguradora integrada en el mismo grupo financiero de aquella.

Igualmente, se considera una mala práctica bancaria que las entidades consientan en mantener contratados los seguros suscritos simultáneamente a la formalización del préstamo tiempo después de haber cancelado este, permaneciendo durante este tiempo como primer beneficiario de la cobertura, pese a que se habían extinguido sus derechos y obligaciones como acreedor, sin advertir de estas circunstancias a su cliente.

No obstante, las entidades deben actuar con la máxima diligencia ante una petición de cancelación de un determinado seguro, justificando en todo caso que no se sufren demoras unilaterales e innecesarias o que estas no les son imputables.

6.2.11 LIBERTAD DE TIPO DE CAMBIO

La consulta trata sobre una orden para realizar un ingreso en una cuenta en dólares desde una cuenta en euros. Se plantea la duda sobre el tipo de cambio aplicado, al no haber aplicado el tipo oficial del Banco Central Europeo y también respecto a la información previa a la operación realizada.

Sobre estas consultas, el Servicio de Reclamaciones viene informando de que los tipos de cambio son libres y son tipos de mercado que pueden cambiar en cualquier momento. Debe tenerse en cuenta que los tipos publicados por el Banco Central Europeo son los que él y el resto de bancos centrales del Eurosistema aplicarán en sus propias operaciones. Los restantes operadores (entidades bancarias y establecimientos de cambio de moneda) no tienen la obligación de aplicar dichos tipos, esto es, las entidades bancarias y los establecimientos de cambio de moneda pueden aplicar en sus operaciones los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, incardinándose ello en lo que viene a denominarse su «política comercial», excediendo en principio su fiscalización de las competencias del Banco de España —que no interviene, por tanto, en dichas decisiones—, al enmarcarse en el ámbito discrecional de actuación de aquellas, que se basa en el principio de libertad de contratación que inspira nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de aplicar los tipos que ha publicado para operaciones inferiores a 3.000 euros.

En concreto, el Banco de España publica en el *BOE*, en el apartado «Otras disposiciones», dichos tipos de cambio publicados por el Banco Central Europeo, que tienen la consideración de cotización oficial de muchas divisas, si bien tal carácter oficial no implica que

deban coincidir necesariamente con los aplicados por las entidades de crédito y establecimientos de cambio de moneda.

El artículo 3 de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, sobre divisa de las operaciones y cambio de divisa, dispone que los pagos se efectuarán en la divisa que las partes hayan acordado y la parte que ofrezca el servicio de cambio de divisa al ordenante deberá informar a este de todos los gastos, así como del tipo de cambio que se empleará para la conversión de la operación de pago. Asimismo, establecerán y harán públicos, en la forma que establezca el Banco de España, los tipos de cambio, comisiones y gastos —incluso mínimos— aplicables a las operaciones.

6.2.12 CLÁUSULA «SUELO»

Una de las consultas más repetidas a lo largo del año 2012 ha tratado sobre el carácter abusivo o no de la conocida como cláusula «suelo». Los prestatarios, al observar que no disminuía el importe que habían de pagar en las cuotas de su préstamo hipotecario, a pesar de la bajada de los índices de referencia recogidos en la escritura, se percataron de la existencia de cláusulas limitativas del tipo de interés aplicable y plantearon sus dudas respecto a la legitimidad de dicha cláusula y a la obligatoriedad de ser informados con carácter previo a la formalización de la hipoteca.

En primer lugar, se debe señalar que no corresponde al Servicio de Reclamaciones analizar si las cláusulas contractuales pueden considerarse o no abusivas en función de lo dispuesto en la normativa de consumo —en particular, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueban el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias—, pues tal competencia corresponde a las autoridades específicamente competentes en materia de consumo, o genéricamente a los órganos jurisdiccionales de la Administración de Justicia¹⁰.

En lo que se refiere a la información previa que las entidades deben facilitar a sus clientes con anterioridad a la formalización de los préstamos hipotecarios, sobre la cláusula vulgarmente denominada como «suelo-techo» hay que hacer las siguientes consideraciones:

- Está prevista expresamente en la normativa de transparencia; en concreto, en el anexo II, cláusula 3.ª bis, de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (*BOE* del 11). La citada normativa exige que estas cláusulas se incorporen en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar a los solicitantes de préstamos hipotecarios, que recaigan sobre una vivienda, cuando el prestatario sea persona física, y siempre que la cuantía del préstamo sea igual o inferior a 150.253,03€. Este Servicio de Reclamaciones ha venido haciendo extensivo dicho criterio, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios a personas físicas sobre viviendas, cualesquiera que fueran su importe y la forma como se facilitara esa información.

Ante estas cláusulas, el criterio del Servicio es considerar que dicha limitación es aplicable siempre que resulte de un acuerdo expreso entre las partes, y se encuentre debidamente recogida en el contrato, extremando las cautelas que

¹⁰ Véase sentencia n.º 241/2013 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

aseguren el conocimiento de su existencia y las consecuencias de su aplicación, por parte de los clientes, con anterioridad a la firma de los documentos contractuales.

- A partir de la entrada en vigor, el pasado 28 de octubre de 2011, de la Orden EHA/2899/2011¹¹, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, en la parte relativa al contenido de la reclamación que nos ocupa —información previa y contenido de los contratos de préstamos hipotecarios de personas físicas en relación con las cláusulas suelo— entró en vigor el 29 de julio de 2012¹², la entidad deberá proporcionar una Ficha de Información Precontractual (FIPRE), que estará a disposición de los clientes de forma gratuita y tendrá carácter orientativo, con información clara y suficiente sobre los préstamos ofertados; y, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, una Ficha de Información Personalizada (FIPER) con el formato que aparece en el anexo II de la orden, para dar respuesta a su demanda de crédito, y que se habrá de entregar con la debida antelación, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado. El cliente, además, podrá solicitar la entrega de una oferta vinculante.

Además de ello, en el artículo 25 de la nueva orden se establece que, en el caso de préstamos hipotecarios en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerán, en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo que se ha de aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

- De esta manera, en la nueva regulación, además de una estandarización de la información previa de este tipo de préstamos en todas las entidades (facilitando así su comprensión y su comparación por los solicitantes), se da especial relevancia, en cuanto al contenido de dicha información previa, a algunas de las condiciones ofertadas; entre ellas, dichos límites a la variabilidad del tipo de interés.
- En aquellos casos en los que lo que se produce es una subrogación de deudor en una operación de préstamo concedido por una entidad financiera a una promotora de viviendas, la obligación de informar sobre las condiciones de la operación, en la que el comprador se subroga, son del vendedor de la vivienda, según el Real Decreto 515/1989, que regula las obligaciones de información de los promotores a sus clientes. Ahora bien, si la entidad interviene en la formalización de la escritura de compraventa con subrogación, ha de resultar responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y que no omita aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente. Hay que entender que, si en última instancia la entidad tiene la potestad de admitir

11 La disposición derogatoria única deroga, entre otras normas, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

12 De aplicación en las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por personas físicas a partir de dicha fecha (cualquiera que sea su importe, e incluso cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial), en las que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

la subrogación del deudor hipotecario, es ella la primera interesada en que sus clientes conozcan las condiciones en las que contratan, a fin de evitar, entre otras incidencias, situaciones de asimetría informativa. Y esto, con mayor motivo, cuando la entidad introduzca modificaciones en las condiciones financieras del préstamo, supuesto en el que, además, se exige que la información sobre dichas modificaciones y, en general, sobre el resto de condiciones financieras del préstamo sea facilitada al interesado con antelación razonable a la formalización de la escritura.

- En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni el artículo 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994, cuyo artículo 5 regula la oferta vinculante, ni la Orden EHA/2899/2011, a cuya entrada en vigor deroga la anterior, y que en sus artículos 22 y 23 regula, respectivamente, la FIPER y la oferta vinculante, establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación. No obstante, dado que la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 7.2, y la Orden EHA/2899/2011, en su artículo 30.2, determinan que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos, durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de aquella que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER —incluido, si procede, su anexo con la correspondiente información sobre la cláusula suelo— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación sobre la fecha señalada, en ambas normas reguladores, para la firma de la escritura pública.